

Ser Juiz

Leila Mariano

Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Diretora-Geral da EMERJ no biênio 2011/2012, Presidente do Tribunal de Justiça no biênio 2013/2014

INTRODUÇÃO

Ingressei na magistratura em 1979. Tudo era diferente.

Os magistrados não eram questionados.

Acreditava-se que a lei continha todas as respostas, limitando-se o juiz a analisar o caso concreto e a verificar a regra pertinente, aplicando-a através do processo de subsunção.

A morosidade sempre existiu, pois o tempo da Justiça nunca foi o real, mas isso não era um problema. Tudo era muito tranquilo, não se pensava em tempo razoável do processo.

Não existiam controles, nem internos nem externos. O único que se conhecia era do Tribunal de Contas quanto aos contratos e gastos, mas quem tinha que responder era o Presidente do Tribunal e nós, juízes, não nos preocupávamos. Não se falava em responsabilidade fiscal e muito menos em improbidade administrativa.

Os consumidores não tinham nenhuma proteção e assim, não tinham acesso à Justiça. Igualmente os companheiros. Não se poderia cogitar em união de pessoas do mesmo sexo. Nos contratos, valia o que estava escrito, não se pensava em discutir suas cláusulas. Os bancos só concediam empréstimos se garantidos por hipoteca e não se podia imaginar que enfrentaríamos questões relativas a superendividamento. O Judiciário não era lugar para se buscar remédios, leitos hospitalares, tratamentos, muito menos creches, escolas e moradias. Ninguém ousaria pleitear mudança de sexo em seu registro e muito menos que se desse dois pais ou duas mães a uma criança. A discricionariedade tinha força absoluta e o Judiciário podia se eximir de decidir o mérito das questões administrativas.

A sociedade não tinha voz nem vez.

O Judiciário não era notícia.

Outra é a situação na atualidade, quando esse Poder ocupa desde as manchetes da primeira página até o caderno de esportes, a maior parte do tempo dos jornais televisivos, e é objeto de grande número de postagens nas redes sociais. Quando o Supremo Tribunal é questionado não só pela comunidade jurídica, pela mídia, mas principalmente pelos cidadãos comuns, imbuídos de rudimentos de conhecimentos jurídicos adquiridos pela televisão e de tendenciosismo ideológico. Quando os ministros da Corte são mais conhecidos que os jogadores da seleção em ano de Copa do Mundo e se veem alvos de críticas em aviões, aeroportos, reuniões sociais, via pública, mesmo fora de nosso país. Quando, dependendo da matéria, formam-se verdadeiras torcidas em favor dessa ou daquela tese, que se posicionam nas redes sociais contrariamente a esse ou aquele ministro. Quando estes são ameaçados e sofrem danos em seus patrimônios causados por pessoas insatisfeitas com seus votos.

Ser juiz na contemporaneidade é muito mais difícil do que há 40 anos.

Éramos formados sob os cânones do positivismo, a Constituição era apenas um conjunto de normas sobre a organização do Estado, as limitações ao exercício do poder estatal e o conjunto de direitos e garantias do ser humano diante, contra ou em relação ao Estado. Fundamentávamos nossas decisões com a doutrina: Aníbal Bruno, Washington Monteiro de Barros, Aliomar Baleeiro, Hélio Tornaghi, Ely Lopes Meirelles, Pontes de Miranda e o jovem José Carlos Barbosa Moreira eram nossos papas. O acesso à jurisprudência, mesmo dos tribunais locais, era muito difícil, apenas sendo ela divulgada através de ementário publicado, no mínimo, seis meses após os julgamentos, no Diário Oficial. Conhecer na íntegra um acórdão do Supremo Tribunal Federal era para poucos.

Hoje, as sessões de julgamento do Plenário da mais alta Corte são televisionadas, acompanhando-se os votos na sua integralidade e em tempo real. Por outra, a divulgação imediata dos acórdãos e decisões nos sistemas informatizados dos tribunais fez com que a jurisprudência se tornasse a mais importante fonte de direito a servir de base para os julgamentos, o que, considerando a multiplicidade de tendências e sua oscilação, colabora para a insegurança jurídica.

O juiz da contemporaneidade, além de dar conta, em tempo razoável e com qualidade, da grande quantidade de demanda que lhe é afeta, deve estar em dia com a legislação e com a jurisprudência e ter uma visão social, econômica e consequencialista para o que precisa estar inserido em seu meio e, ao mesmo tempo, perscrutar o que ocorre no mundo. Tem que administrar o seu juízo, executar e dar concretude ao planejamento estratégico do Poder Judiciário, dar conta das metas que o CNJ impõe. Um verdadeiro Hércules, na metáfora de Dworkin.

2 – A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO E A MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS – CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS:

A supremacia do Poder Judiciário em relação aos outros poderes da República tornou-se viável a partir das chamadas Constituições dirigentes, que não mais estabeleciam meros programas de governo, mas sim determinações com o intuito de direcionar políticas públicas e conformar a atuação estatal com vista ao estabelecimento de uma nova ordem econômica mais justa e inclusiva¹.

No Brasil, a Carta de 1988 trouxe considerável gama de direitos individuais, coletivos e sociais, estabeleceu a inafastabilidade da jurisdição e determinou a ampliação de acesso à justiça, criando o arcabouço necessário para a judicialização.

Em decorrência disso, nosso país passou a se destacar no número de ações judiciais, sendo que, segundo dados do CNJ, finalizou-se o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, sendo que, em média, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12.907 mil ingressaram com uma ação judicial. A taxa de congestionamento permanece alta, com percentual de 73%, o quer dizer que foram solucionados apenas 27% de todos os processos². Corroboram para tanto a complexidade das relações individuais, sociais, políticas e empresariais advinda principalmente do inafastável processo de globalização, bem como a tomada de consciência pelos indivíduos de sua cidadania e dos direitos a ela inerentes, levando-os a pleitear em face do Estado a sua materialização. Fato é que a judicialização cresceu não só quantitativa, mas também qualitativamente, mudando o panorama

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

2 Justiça em números 2017. In www.cnj.jus.br

das ações ajuizadas: antes, de natureza individual buscando, em sua maioria, direitos patrimoniais; depois, de índole coletiva pleiteando direitos sociais.

Com isso, ampliou-se a dificuldade da atividade judicial, tendo ido parar na mesa dos magistrados matérias antes inimagináveis, passando eles frequentemente a decidir sobre questões cuja conceituação e fundamentos não se cingem ao universo jurídico e para cuja solução é indispensável a utilização não só da lei, dos princípios constitucionais, mas de outros saberes de natureza humanística e econômica.

Sem que tivesse havido qualquer planejamento ou reforço orçamentário e financeiro que permitissem aos Tribunais se prepararem para a multiplicidade das demandas que adviriam, foram estes instados a abrir suas portas a outros demandantes e a ampliar seus órgãos julgadores.

2.a – dos Juizados Especiais

Primeiro, em 1995, veio a obrigatoriedade de criação e instalação dos Juizados Especiais³ para conhecer e julgar conflitos concernentes a questões cíveis de menor complexidade e criminais de menor potencial ofensivo, através de um processo simplificado em que a oralidade seria a tônica, podendo ser utilizados para solução dos conflitos conciliadores e juízes leigos. Tudo sem que houvesse qualquer experiência anterior nesse sentido em sede nacional⁴. Esse segmento, que se tornou realidade graças à criatividade e ousadia de juízes pioneiros, construiu-se de forma empírica, com características locais, através de ensaios e erros, e hoje abriga percentual considerável de demandas⁵. É parte sensível porquanto sua ineficiência, além de prejudicar uma grande maioria de jurisdicionados que não terão seus conflitos resolvidos, faz com que essas demandas migrem para as varas cíveis comuns, de forma gratuita, onerando não só a capacidade financeira dos Tribunais, mas a prestação jurisdicional como um todo.

Fato é que nesses pouco mais de vinte anos de existência pode-se afirmar que os Juizados Especiais deram certo ao permitir o acesso à Jus-

3 Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei 9.099 de 26 de Setembro de 1995.

4 Com essa afirmativa não se está esquecendo que, sob ótica diversa, no período colonial e monárquico, os juízes ordinários, não letrados, julgando conforme os costumes, podiam ser considerados juízes leigos e que os jurados dos Tribunais do Juri também são auxiliares leigos do Poder Judiciário.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 4578, de 12 de julho de 2005, dispõe sobre os conciliadores e os juízes leigos no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

5 Justiça em Números 2017 - CNJ. Série histórica dos Juizados Especiais. in <http://www.cnj.jus>

tiça de grande parcela da sociedade que, ao contrário do que se esperava, não é representativa dos mais carentes, tornando-se um espaço de discussão de matérias muito importantes para a vida do dia a dia, mormente daquelas que tratam do direito do consumidor. Dentro desse acerto, o problema é o congestionamento decorrente da multiplicidade de ações a fazer com que, em que pese a simplicidade de seu rito, tenha-se um retardamento na decisão final e na sua execução⁶.

Daí a implantação de políticas para reduzir esses tempos. No Rio de Janeiro, em razão de enunciado aprovado no XI Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais Cíveis, a partir de 08/06/2016, a parte autora não poderá escolher o local do ajuizamento dentre os diversos estabelecimentos ou lojas do fornecedor, nem indicar endereço diverso da sede da empresa, só podendo optar pelo ajuizamento da demanda no seu domicílio, no domicílio da sede da empresa ou no local do fato:

“Nas causas que envolvam relação de consumo, será competente o foro: (a) do domicílio do autor, (b) da sede do réu, (c) do local de celebração/cumprimento do contrato, (d) do local do ato ou fato objeto da demanda, podendo o Juiz reconhecer, de ofício, a incompetência”. (Aviso Conjunto TJ/COJES nº 15/2016)

Essa modificação fez com que se esvaziassem os Juizados da capital, redirecionando parte da demanda para os Juizados regionais e da periferia. Outrossim, outros fatores influenciaram a diminuição da distribuição desse segmento em nosso Estado, qual sejam: a redução da atividade econômica e a recuperação judicial da Oi, com a suspensão das ações e execuções em seu desfavor. De qualquer sorte, o prazo para realização da audiência, antes em torno de um ano, foi reduzido para 45 dias.

Embora sejam a respeito dos Juizados Especiais Federais, as conclusões a que chegaram os pesquisadores Jânia Maria Lopes Saldanha e José Luiz Bolzan de Moraes⁷ identificaram características que também se aplicam aos Juizados Especiais Estaduais. Eles salientam que se repete nesse segmento o que ocorre na justiça comum: *um agigantamento vertiginoso*

6 Justiça em Números 2017 - CNJ in <http://www.cnj.jus> aponta como tempo médio de julgamento nos Juizados Especiais 2 anos e 3 meses para o processo de conhecimento; 1 ano e 4 meses para a execução e 8 meses para o julgamento na Turma Recursal

7 SALDANHA, Jânia Maria Lopes e MORAIS, José Luis Bolzan de. **A dupla face do acesso à Justiça: análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais** in Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011, pp. 121-151.

da demanda e o congestionamento em todos os graus, concluindo que, assim sendo, resta frustrada a potencialidade de democratização do acesso à Justiça prometida por essa forma simplificada de jurisdição, bem que, ante os discursos que demandam um modelo eficientista, podem os Juizados ser identificados como mecanismos resultantes das demandas neoliberais por formas simplificadas de prestação jurisdicional, comprometidas com quantidade (custo e produtividade), mas, sacrificando a qualidade e a eficácia.

Outra preocupação refere-se à divergência jurisprudencial. Ante o não cabimento de Recurso Especial ao STJ⁸ e de limitação do Recurso Extraordinário junto ao STF⁹, em face das decisões das Turmas Recursais, para evitar que se cristalizem decisões que contrariam a jurisprudência consolidada do STJ, foi proposta a criação, junto a esse Tribunal, de turmas uniformizadoras da jurisprudência estadual¹⁰, a exemplo do que existe na esfera federal (Lei 10.259/2001), evitando-se assim oscilações de entendimentos que coloquem em risco a segurança jurídica e o equilíbrio econômico do mercado. A proposta consolidada no PL 5.741/13 foi aprovada em 4/6/14 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, não tendo sido ainda votada pelo plenário daquela Casa.

No âmbito do Rio de Janeiro, por Resolução do Conselho da Magistratura nº 14, de 2012, ante o permissivo do art. 18 da Lei nº 12.153/2009, foi aprovado o Regimento Interno das Turmas Recursais e, em seu capítulo XII, a possibilidade de instalação de Turma de Uniformização, *destinada*

8 Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 203: “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”.

9 Recursos Especiais em causas de juizados especiais cíveis são admitidos apenas em situações excepcionais. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que os recursos extraordinários contra decisões de juizados especiais cíveis estaduais só devem ser admitidos em situações extremamente excepcionais, nas quais o requisito da repercussão geral estiver justificado com indicação detalhada das circunstâncias concretas e dos dados objetivos que evidenciem a relevância econômica, política, social ou jurídica da matéria em discussão. O entendimento foi firmado no exame de três recursos extraordinários com agravo (AREs) da relatoria do ministro Teori Zavascki, relativos a controvérsias que envolvem responsabilidade pelo inadimplemento de obrigação em contrato privado (ARE 835833), revisão contratual (ARE 837318) e indenização decorrente de acidente de trânsito (ARE 836819), que tiveram repercussão geral negada pelo STF.

10 O pleno do STJ aprovou a criação da TNU - Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais e do DF. Elaborado por comissão criada pelo presidente Felix Fischer e coordenada pelo ministro Luis Felipe Salomão, o projeto que propõe alteração na Lei 12.153/09 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, convertendo-se no PL 5.741/13, que tramita sob a relatoria do deputado Paes Landim (PTB-PI). Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, o sistema dos Juizados Especiais corre o risco de entrar em colapso por conta do excessivo volume de causas. “Sem um sistema que funcione quando haja divergência entre turmas de Estados diferentes, ele entra em colapso, por conta da multiplicidade de recursos”. A Associação dos Magistrados Brasileiros manifestou-se contra o projeto sob a alegação de que ele não contribui para a segurança jurídica e desvirtua as finalidades próprias dos juizados especiais por ferir os princípios da celeridade, informalidade e simplicidade, acrescentando mais uma instância na esfera dos Juizados Especiais, que deve contribuir para congestionar ainda mais a tramitação dos processos judiciais. www.conjur.com.br de 5/8/2014.

a dirimir divergências em decisões proferidas por Turmas Recursais, a ser presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde se verifica a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

Assim, em se tratando de divergência interna de natureza material, deve a parte se valer do incidente para provocar a atuação da Turma de Uniformização, sendo perfeitamente possível sua convivência harmônica com o FONAJE - Forum Nacional dos Juizados Especiais -, que congrega em encontros estaduais todos os juízes do sistema para discutirem e decidirem sobre questões de ordem processual¹¹.

A entrada em vigor do Novo CPC em 18 de março de 2016 trouxe a valorização dos precedentes, mormente dos editados pelos Tribunais Superiores que, ante o permissivo da Emenda Constitucional 45/2004, passaram a vincular as decisões dos demais Tribunais e juízes singulares. Nessa linha, o STJ, no uso de sua competência para uniformizar a jurisprudência das Turmas Recursais, editou 16 teses consolidadas em matéria cível e 12 em matéria criminal.

Outrossim, é bom assinalar que, em 03/02/2016, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar questão de ordem nos autos do AgRg na Reclamação 18.506/SP, aprovou a Resolução STJ 03/2016, que dispõe que caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão proferido por Turma Recursal Estadual ou do Distrito Federal e jurisprudência do STJ que esteja consolidada em (i) incidente de assunção de competência, (ii) incidente de resolução de demandas repetitivas, (iii) julgamento de recurso especial repetitivo, (iv) enunciados das súmulas do STJ, e (v) precedentes do STJ, o que não se aplica às reclamações já distribuídas e pendentes de análise naquela Corte Superior de Justiça. Restou revogada, assim, a Resolução STJ 12/2009, que possibilitava o ajuizamento de reclamação contra decisões de Turmas Recursais Estaduais ou do DF perante o STJ.

Embora essa nova Resolução seja indigitada de inconstitucional pelos estudiosos ante a impossibilidade de ampliação da competência de

¹¹ LIMA, João Luiz Ferraz De Oliveira. Uniformização dDe Jurisprudência nos Juizados Especiais Cíveis. Revista Direito em Movimento. www.emerj.jus.br

Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional¹², é a que prevalece, sendo ainda de se apontar a existência de situação diversa prevista em lei¹³ que garante a reclamação para o STJ no caso de divergência entre as Turmas Recursais Fazendárias.

2.b – dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher

Com a edição da Lei Federal nº 11.340/06, vigente a partir de 22 de setembro de 2006, que passou a tratar com maior rigor as infrações penais praticadas com violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, verificou-se o surgimento de uma demanda que se encontrava encoberta. A tal ponto que, de início, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, não se enxergava esse segmento como carente de proteção especial. A realidade, infelizmente, demonstrou ao contrário, fazendo com que em todo o país os Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher passassem a ser intensamente procurados. Os números da série histórica publicada pelo CNJ¹⁴ assim demonstram, bem como reportagens que trazem a lume um problema social que persiste há séculos, o da dominação masculina, o da transformação da mulher e dos filhos em objetos de poder, a serem subjugados pela violência cometida, em sua maior parte, por influência da bebida e das drogas, do que decorrem a dissolução familiar e a prática de crimes que vão desde a agressão física e psicológica até o feminicídio¹⁵.

Sobre esse tema foi estabelecida, em 2015, pelo CNJ, uma campanha de caráter contínuo - **Justiça pela Paz em Casa** - objetivando, juntamente com os vinte e sete Tribunais de Justiça, concentrar esforços para acelerar os julgamentos de casos de violência doméstica e familiar contra mulheres. Considerando apenas o ano de 2016, tramitaram na Justiça Estadual brasileira 1.199.116 processos referentes à violência doméstica e familiar contra as mulheres, o que corresponde a existência de um processo a cada 100 mulheres¹⁶.

12 CHINI, Alexandre e ROCHA, Felipe Borring. A Competência para Julgamento da Reclamação nos Juizados Especiais Cíveis. Justiça e Cidadania. Edição 209

13 Lei nº 12.153/2009

14 Justiça em Números. www.cnj.jus.br

15 FEMINICÍDIO OU FEMICÍDIO - Em 9 de março foi sancionada a Lei nº 13104/15, que inclui no Código Penal o feminicídio, homicídio qualificado praticado contra mulheres em razão de gênero, por causa de sua condição de mulher, ocorrido, na maior parte das vezes, no âmbito familiar. A pena varia de 12 a 30 anos, mais severa do que a prevista para homicídio simples, que é de 6 a 20 anos. Se o crime for contra gestantes ou nos três meses posteriores ao parto, mulheres menores de 14 anos, maiores de 60 ou com alguma deficiência, a pena é aumentada.

16 O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha. CNJ/2017 in www.cnj.jus.br

Esse tipo de jurisdição, além de necessitar de juízes vocacionados, precisa de estrutura maciça para atender aos cartórios, assim como às áreas interdisciplinares, já que a perspectiva legal é a recuperação do homem agressor e a reintegração à família. Com isso, nessa e em outras questões que envolvam políticas públicas, a responsabilidade social que, a rigor, deveria ser assumida pelo Poder Executivo, acaba sendo imputada ou pela própria lei ou pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁷, em sua maior parte, ao Poder Judiciário, sem que se tenha orçamento e mesmo material humano para tanto, sendo insuficientes os convênios, onerosos ou não, mantidos com instituições públicas ou privadas.

2.c – da Infância e Juventude

Desde 13 de julho de 1990, uma vez aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 8.069, foram estendidos aos menores até 18 anos, de forma prioritária, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além de lhes ser concedida proteção integral que lhes possibilitem todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes garantir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Essa gama de direitos trouxe obrigações para a família, a comunidade, a sociedade em geral e, principalmente, para o poder público.

Nem esses grupos sociais nem o Poder Executivo estão aptos a atender às necessidades apontadas na multiplicidade de pretensões que passaram a ser deduzidas quer em nome individual, quer de forma coletiva, através das ações civis públicas. Verificando que as sentenças condenatórias não têm a efetividade que se impõe, o Poder Judiciário passou atuar de forma mais ampla, propositiva, não só dizendo o direito, mas buscando, através do diálogo, em reuniões, encontros e audiências públicas, sensibilizar aquele Poder a implementar políticas públicas indispensáveis,

17 Confirmam-se algumas das Resoluções do CNJ que estabelecem a adoção de políticas públicas pelos Tribunais: Resolução nº 128, de 17 de março de 2011 - Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; Resolução nº 165, de 16 de novembro de 2012, modificada pela RESOLUÇÃO Nº 191, DE 25 de abril de 2014 - Dispõe sobre normas gerais para o atendimento, pelo Poder Judiciário, ao adolescente em conflito com a lei no âmbito na internação provisória e do cumprimento das medidas socioeducativas; RESOLUÇÃO Nº 93, de 27 de outubro de 2009 - Acrescenta e altera dispositivos à Resolução Nº 54, de 29 de abril de 2008, que cria e dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção; RESOLUÇÃO Nº 188, de 28 de fevereiro de 2014 - Altera dispositivos da Resolução CNJ nº 77, de 26 de maio de 2009, que dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos e entidades de atendimento ao adolescente e sobre a implantação do cadastro nacional de adolescentes.

principalmente nas áreas da educação e da saúde, e, quanto a esta, a se voltar para uma das principais mazelas que é o uso de drogas por crianças e adolescentes cada vez mais jovens. Com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, têm sido firmados alguns termos de ajustamento de conduta objetivando viabilizar a execução consensual das condenações impostas, o que, em razão da carência do Tesouro Estadual, não vem sendo atingido.

Premidos por esse *status*, alguns juízes lideraram projetos sociais buscando minorar a situação das crianças e jovens carentes ou em conflito com a lei. Esse é o caso do projeto Apadrinhar – Amar e Agir para Materializar Sonhos, com o qual o Juiz Sérgio Luiz Ribeiro de Souza foi vencedor do 12º prêmio Innovare. Antes, na edição do 8º do prêmio Innovare, o Desembargador Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho recebeu Menção Honrosa pelo projeto Pró-Florescer, que ajuda no desenvolvimento de jovens em situação de vulnerabilidade social, oferecendo reforço escolar e formação profissionalizante.

É de se registrar que, em todos os casos afetos a esse segmento, é indispensável a atuação e assessoria de equipes multidisciplinares que, através de estudos de casos e perícias, apoiam o agir judicial. O custeio desses servidores com formação qualificada ou da terceirização desse serviço é assumido, quase com exclusividade, pelo Poder Judiciário, sendo de ressaltar que as limitações quanto à execução orçamentária trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere aos gastos com pessoal, impedem que se tenham os profissionais necessários para atender a demanda sempre crescente.

2.d – Execuções Penais

Não é ainda de se esquecer que, poucos anos antes da promulgação da Constituição Cidadã, fora editada a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que deu nova feição à Lei de Execuções Penais, com objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, a quem são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Esse juízo especializado é um dos órgãos de execução penal, devendo, dentre outras atribuições, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança e inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para seu adequado funcionamento, e pro-

movendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade. Para tanto, é indispensável também a atuação de equipes técnicas multidisciplinares que subsidiem atuação judicial, em especial, no que concerne à fiscalização do cumprimento das penas alternativas. Também aqui repete-se a problemática orçamentária e financeira referida com relação à Infância, Adolescência e Idosos.

Esse quadro, para falar apenas em quatro grandes segmentos geradores de demandas, deve ser completado com a crescente judicialização de execuções fiscais, abrangendo cobranças tributárias e parafiscais pela administração direta e indireta. Essas execuções, que representam o maior percentual da taxa de congestionamento¹⁸, em sua grande maioria são ajuizadas quando já ocorrida ou se avizinha a prescrição, representam débitos, em sua maior parte, incobráveis, mas que oneram consideravelmente o Poder Judiciário, demandando para sua gestão quantidade considerável de servidores, magistrados e recursos orçamentários. Anote-se, porque é importante para os interesses republicanos que, com essa judicialização fora de hora, os Chefes dos Poderes Executivos, principalmente os municipais, garantem seu registro junto à Justiça Eleitoral e a possibilidade de concorrerem a mais uma eleição¹⁹. Assim se eterniza a ciranda: os políticos locais não cobram os tributos de seus eleitores e ajuízam execuções frustradas, exclusivamente para que não sejam enquadrados como ímprobos por terem aberto mão de receita pública.

3 – TENTATIVAS DE SOLUÇÕES PARA VIABILIZAR A ENTREGA DA JURISDIÇÃO NUM PRAZO RAZOÁVEL E COM EFETIVIDADE:

O número cada vez maior de demandas, algumas bastante complexas, envolvendo conflitos de largo alcance social, trouxe como consequência uma maior responsabilidade do Judiciário e fez surgir exigência da sociedade e do mercado de verem resolvidos seus pleitos em tempo hábil, daí as acirradas críticas que passaram a ser dirigidas a esse Poder, buscando atingir diretamente a sua legitimidade. Dois grandes temas, a morosidade e a corrupção, passaram a ocupar a pauta da imprensa e a agenda política, motivando movimentação nacional por sua reforma²⁰.

18 Judiciário em Números 2017 www.cnj.jus.br O prazo médio para baixa das execuções fiscais é de 6 anos e 8 meses

19 Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23191 de 16/12/2009 que dispõe sobre Propaganda eleitoral e condutas vedadas em campanhas eleitorais. Publicada no DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 31/12/2009, pp.2-15.

20 Reforma do Sistema Judiciário no Brasil - Supremo Tribunal Federal disponível em <http://www.stf.jus.br> _

Nesse contexto, depois de uma série de acirradas discussões, em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que consagrou como direito subjetivo dos jurisdicionados o tempo razoável de duração do processo. Assim, além da obrigação de garantir amplo acesso à Justiça, surgiu para o Poder Judiciário o dever jurídico de prover os meios que garantam a célere tramitação dos processos jurisdicionais que lhe estão afetos. Note-se que estamos falando do Judiciário de um país continental, ao qual é atribuída, de forma universal e isonômica, a solução dos conflitos de interesses que afligem todos os brasileiros e estrangeiros nele residentes. Seus números²¹ não têm precedentes em escala mundial.

O Judiciário não conhecia sequer esses números, sendo de se destacar que, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, é que se deu início a providências nesse sentido, buscando comparar os gastos com a manutenção da atividade judiciária e o PIB nacional e o índice de congestionamento de processos, dentre outros. Foram estabelecidas as fórmulas para que pudesse ser feito por cada Tribunal o RIGER - Relatório de Informações Gerenciais, o que, mais tarde, veio a alimentar o “Justiça em Números”.²²

A partir do conhecimento desses dados foram estabelecidos planos estratégicos, metas quantitativas para a produtividade de cada Tribunal e de cada Juízo e indicadores de alcance nacional, colocando-se nos ombros dos magistrados²³ a grande responsabilidade de responder pelos resultados. Apesar do esforço concentrado do qual redundou o julgamento de milhões de ações, não decresceu o índice de congestionamento²⁴. Ao contrário, os números vêm sendo majorados pela quantidade sempre crescente de novos ajuizamentos, sendo que o número de processos baixados e arquivados não atinge a mesma proporção, havendo sempre resíduo a ampliar o estoque²⁵.

21 Justiça em Números 2017 – só na Justiça Estadual, os processos novos, julgados, pendentes e baixados somam 125.705.729 in www.cnj.jus.br

22 RIGER – Relatório Informações Gerencial do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em www.tjrj.gov.br. Acesso em 20/01/09.

23 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Ensino Jurídico in *Terrae Brasilis*, in 180 Anos do Ensino Jurídico no Brasil. Campinas-SP: Millennium Editora, 2008, p. 382. “A discussão em torno da efetividade do processo é de cunho paradigmático. Veja-se que as teses instrumentalistas do processo continuam apostando na “delegação” em favor do juiz da tarefa de “dar agilidade ao processo”. Trata-se da afirmação do paradigma da consciência, enfim, do solipsismo de um sujeito (juiz) que carrega sobre os ombros a “responsabilidade” de “bem conduzir o processo”. Isso, no fundo, é mais do que repristinar a discricionariedade positivista (lembramos do debate Dworkin-Hart).”

24 Judiciário em Números 2017 www.cnj.jus.br. Aponta o percentual de congestionamento total de 73%, sendo 75% da Justiça Estadual, 56% da Justiça do Trabalho 75% da Justiça Federal, 43% da Justiça Eleitoral, 39% da Justiça Militar Estadual, 64% da Justiça Militar da União e 56% dos Tribunais Superiores

25 JUDICIÁRIO EM NÚMEROS 2017 indica, em 2016, relativamente ao Estado do Rio de Janeiro, o crescimento do ajuizamento da ordem de 5,6%, enquanto os processos baixados limitaram-se a 2,7%. In www.cnj.jus.br

Essa massificação da judicialização trouxe um complicador bastante sério para a Administração dos Tribunais na medida em que estes, por mais que queiram, estão tolhidos quanto à nomeação de mais magistrados e servidores ou contratação de terceirizados como pessoal de apoio, em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita as despesas de pessoal em 6% da receita líquida do Estado, tendo seu limite prudencial sido fixado em 5,7% daquela base de cálculo. Fato incontestável é que esse Poder não dispunha e ainda não dispõe das condições essenciais para cumprir as obrigações que lhe são constitucionalmente impostas, quer pela carência de pessoal, quer pela de recursos tecnológicos e de materiais, quer pela legislação inadequada e ultrapassada²⁶, além de um sem número de outros fatores.

A chamada crise do Judiciário, em razão da defasagem entre as expectativas sociais e o que efetivamente se consegue realizar em termos de prestação jurisdicional, veio sempre impregnada de severas críticas e manifestações para que esse Poder abandonasse seu imobilismo e passasse a repensar seu papel e forma de atuação na sociedade. Analisando o assunto, Teresa Sadeck²⁷ mencionava que as críticas ao desempenho da justiça atravessaram o continente, se fazendo sentir, também, em países mais desenvolvidos, sendo, todavia, de se assinalar como novidade a posição central que o tema passou a ocupar nos debates, porquanto a Justiça se transformou em questão prioritária, sendo significativa a diminuição do grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial.

A respeito, o Ministro Gilmar Mendes²⁸, quando Presidente do STF e do CNJ, afirmou:

“No Judiciário, a antiga estrutura processual e administrativa substancia desafio a ser enfrentado a partir da perspectiva do planejamento estratégico de todos os tribunais, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, dirimindo o renitente problema de lentidão processual, bem como aumentando a transparência e o acesso dos cidadãos, sobretudo dos mais carentes à prestação de Justiça.”

26 PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Eficiência, por si só, não basta para combater morosidade do Judiciário. Consultor Jurídico. 5 de agosto de 2015 in www.conjur.com.br

27 SADEK, Maria Tereza. **O Judiciário em Questão**. Revista São Paulo em Perspectiva, nº 10, ano 1996, p. 53.

28 MENDES, Gilmar. **A Constituição e a Estabilidade Democrática**. A Folha de São Paulo. 19/10/08.

Têm que se considerar ainda, porque pertinente, as dificuldades decorrentes da tramitação e condução dos processos judiciais sob influxo das diversas reformas processuais civis. Examinando essa matéria, o professor mineiro José Coelho Nunes Dierle assim se manifestou:

Desde o início da década de 1990, um peculiar movimento de acesso à Justiça, além da finalidade alegada – qual seja, a socialização do Direito Processual, permitiu uma série de alterações na legislação e no Direito Processual que possibilitaram a sobrevalorização da rapidez procedimental e de uma específica concepção funcional (de eficácia). Tais alterações, ao invés de instaurar um modelo social de processo, estabeleceram, em muitas hipóteses de aplicação, o neoliberalismo processual, com a massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração²⁹.

Sem perceber as diferenças entre os três paradigmas processuais (*liberalismo processual*³⁰, *socialização processual do pós-guerra*³¹ e *neoliberalismo processual brasileiro*³², e premidos pelo discurso de produtividade e de rapidez

29 DIERLE, José Coelho Nunes. **Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 209.

30 DIERLE, José Coelho Nunes, Op. cit. pp. 73-77 – **liberalismo processual** -Dentre os caracteres do processo liberal o autor destaca: a igualdade formal dos cidadãos; a escritura (o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, nunca em contato direto com as partes, com os testemunhas, com os peritos, para evitar as tentações e os perigos da imparcialidade) e o princípio dispositivo que compreende o protagonismo processual das partes a quem eram confiados: a proposição, onde era fixado o objeto do juízo, e o impulso processual, estando o juiz vinculado à iniciativa das partes.

31 DIERLE, José Coelho Nunes, pp. 79-115 – **socialização processual** - A partir do início do séc. XX, como crítica à lógica liberal, são propostas alterações profundas no sistema de administração da justiça civil visando a socialização processual. Nesse paradigma temos o protagonismo do juiz que deveria dirigir o processo e estabelecer um equilíbrio entre as partes, podendo ter iniciativa quanto a produção de provas. Sob esse influxo foram aprovados os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Desse ano até 1978 foi levado a cabo, sob o patrocínio da Fundação Ford, o Projeto Florença de Acesso à Justiça, que envolveu representantes de 23 países. Suas tônicas eram a defesa dos procedimentos orais e o aumento da ingerência do juiz no processo, devendo as conclusões serem implementadas por ondas. A primeira, a assistência jurídica integral e gratuita; a segunda, a efetiva tutela dos interesses difusos ou coletivos para a proteção do consumidor e do meio ambiente e a terceira, a simplificação dos procedimentos e a utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos.

32 DIERLE, José Coelho Nunes – pp. 158-169 – **neoliberalismo processual** - A partir dos anos de 1990, com a implantação do neoliberalismo pelos governos Fernando Henrique e Collor, pelas vozes de suas equipes econômicas, passou a ser defendida a não interferência da jurisdição nos contratos financeiros, sob pena de se criar um risco ou “incerteza jurisdicional”. Vozes da teoria econômica passaram a defender reformas processuais que reduzissem a função fiscalizadora e construtora do Judiciário, tendo por base o Documento Técnico 319 do Banco Mundial intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe”. O modelo de reforma pretendido deveria assegurar uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar os critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; a defesa da máxima sumarização da cognição, com redução do espaço discursivo processual.

na prolação das decisões, não raramente os juízes possibilitam que estas decisões não atinjam uma adequação constitucional que as legitime, o que só ocorreria se fosse examinando o caso concreto em suas especificidades. Partindo de uma suposta identidade entre as centenas de casos a decidir, com a utilização alargada do permissivo contido no art. 285 do CPC de 1973, passaram a ser procedidos julgamentos coletivos, os chamados pautes, e reprisadas decisões padrão. Outra não é a situação à luz do art. 332 do CPC de 2015 se o pedido contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou ainda enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Nessas situações, examinam-se, em verdade, teses jurídicas, negligenciando-se a garantia que o processo deve representar, graças à comparticipação de todos os sujeitos processuais³³.

Para viabilizar produção que atendesse a essas cobranças e a um mínimo de segurança jurídica passou-se a produzir em grande quantidade enunciados que representavam o pensamento dos Tribunais sobre diversas matérias. A partir deles, as súmulas também passaram a proliferar, vindo, com a reforma do Judiciário, as súmulas vinculantes e a repercussão geral e, com o novo CPC, o sistema de precedentes.

Com essa metodologia, o próprio Poder Judiciário abriu oportunidade para “uma jurisprudência *prêt-à-porter*” que, mesmo forçando a modelagem, passou a vestir os diversos casos postos a julgamento, sem que se buscasse conhecer o contexto em que foi produzido o enunciado assertório e se ele era idêntico àquele do caso em análise. Esse foi um primeiro passo para o déficit de fundamentação que, via de regra, se encontra nas decisões que assim passaram a ser proferidas³⁴.

Assim, em tempo de viragem linguística – ou, para ser mais específico, em tempos de viragem ontológico-linguística³⁵ – não poderiam passar

33 DIERLE, José Coelho Nunes, Op. cit. pp. 209-211.

34 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.

35 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? p. 18 mudança paradigmática ocorrida no sec. XX, caracterizada pela invasão da filosofia pela linguagem e pelo seu ingresso no mundo prático – o chamado giro ontológico-linguístico, que, ao superar a filosofia da consciência, não permite mais que o ato de julgar tenha sua complexidade reduzida pela discricionariedade do juiz.

desapercebidas teorizações ou enunciados performativos que reduzem a complexíssima questão do ato de julgar à consciência do interprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas “explicações” a um, por assim dizer, “tribunal da razão” ou decorresse de um “ato de vontade” do julgador

A qualidade dessas decisões e a forma de produção de direito apresentado pelos magistrados tornaram-se objeto de severas críticas por parte de estudiosos, que apontam a redução da credibilidade do Poder Judiciário ante o não atendimento das expectativas dos jurisdicionados e da sociedade em geral.

Dentro desse quadro é de se reconhecer que, apenas pela forma tradicional, pelo sistema processual clássico, não se alcançará o objetivo de se pacificar os conflitos de interesse com a entrega da jurisdição com qualidade e em tempo razoável.

Daí, numa segunda vertente, o CNJ induzir os tribunais a estabelecer programas e ações destinados a propiciar a autocomposição de conflitos³⁶, bem como a incentivar as instituições e empresas mais demandadas a formular política conciliatória, evitando novas ações. Assim, no ano de 2012, firmada pela primeira vez pela Justiça Federal, surgiu a Meta 3, que tinha como foco potencializar a desjudicialização por meio de formas alternativas de solução de conflitos. Essa meta foi mantida em 2013, não constou em 2014, e retornou em 2015 como meta nacional para a Justiça Federal e a Justiça Estadual e como meta específica para a Justiça do Trabalho. Nos anos de 2016 e 2017, os três ramos – Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Justiça Estadual – estabeleceram a conciliação como meta.

Desde 2015 os Tribunais Estaduais assumiram o compromisso de instalar e impulsionar os trabalhos de seus Centros de Justiça e Cidadania, o que vem sendo feito. A importância desses Centros se faz sentir ante os dispositivos do art. 334 do novo CPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que impõe a conciliação prévia em todos os novos processos. O novo Codex estabeleceu um amplo incentivo à autocomposição e à necessidade de se implementar uma cultura de pacificação, conforme estabelecido no § 3º de seu art. 3º, que afirma

36 Resolução Nº 125 de 29/11/2010 que Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

A respeito, apenas para pontuar o tema, é de se acentuar que, para que se considere democrática, a ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexchangeáveis e antisociais que busquem tão somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional³⁷.

Apesar da grande expectativa em torno do novo Diploma Processual, cuja vigência se deu em 18 de março de 2016, sabemos que não será apenas a lei que irá resolver as questões de acesso à Justiça, nem dará solução à morosidade, à falta de qualidade e eficiência das decisões judiciais. É preciso mais.

4 – A FORMAÇÃO DO MAGISTRADO E A COMPLEXIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: O SENSO COMUM, O DOGMATISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

Como se pode inferir das considerações supra, o Poder Judiciário brasileiro continua imerso numa crise de grandes proporções que, como identificou Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸, possui três matizes: (a) uma estrutural, que tem relação com a deficiência do número de juízes e a falta de controle efetivo; (b) uma funcional, que se refere à inadequação das leis e a problemas de acesso à Justiça e (c) uma de natureza individual ou imaginária, que é fortíssima porque faz o amálgama das duas primeiras vertentes e na qual se situam as dificuldades por que passam os juízes para dar conta dos desafios da jurisdição.

Nesse contexto, é de se afirmar que o bacharelado em direito, único curso que é exigido para o concurso para magistratura, é insuficiente para que o juiz consiga dar conta da complexidade da jurisdição

37 DIERLE, José Coelho Nunes. Op. cit. p. 174

38 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma política alternativa para o sistema judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Mimeo in STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op.cit. p. 87.

que lhe está afeta.³⁹ Daí a importância do papel do CNJ, da ENFAM e das Escolas da Magistratura ao buscarem superar o abismo existente na formação de Magistrado, para que este esteja apto a dar a resposta constitucionalmente adequada, de molde a concretizar direitos fundamentais.

Lenio Streck sustenta a existência em favor do jurisdicionado de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição*⁴⁰.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação.

Por outra, chama atenção para os efeitos nocivos da utilização do senso comum e do dogmatismo por darem ensejo ao discricionarismo.

4.a – o senso comum

A falta de uma formação complementar, principalmente de natureza humanística⁴¹, possibilita soluções voluntaristas⁴², contraditórias, segundo idiosincrasias pessoais, em detrimento da própria democracia. Isso porque as lacunas nessa formação acabam sendo supridas pelo senso comum, que são saberes cotidianos sem fundamento científico, carregados de subjetividade, que exprimem sentimentos e opiniões individuais e de grupos, que se cristalizam em preconceitos com os quais passamos a interpretar toda a sociedade que nos cerca e todos os acontecimentos.⁴³

Warat⁴⁴ nomeia de senso comum teórico dos juristas as condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes

39 STRECK Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, pp. 51-56; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

40 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 656-657.

41 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de e TRINDADE, André Karam. **Diário de Classe**. Consultor Jurídico. www.consultorjuridico.com.br, consultado em 12 de dezembro de 2014. Ao analisar as modificações trazidas pela Resolução nº 75 do CNJ, registam-se pela introdução das chamadas matérias propedêuticas na grade dos concursos para a magistratura, entendidas como tais - Introdução ao Estudo do Direito, Filosofia, Sociologia, História, Antropologia, Argumentação, Hermenêutica, etc.

42 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 18.

43 CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. pp. 248-249

44 WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito – Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

práticas de enunciação e escritura do Direito. Em sua obra pioneira sobre a matéria alerta que, em nossa prática e mesmo na teoria, seja judicial ou acadêmica, somos fortemente influenciados por representações, imagens, preconceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que acabam governando e disciplinando, anonimamente, nossas decisões. Chama a atenção para o fato de que, em nosso discurso, nos utilizamos, sem perceber, de um máximo de convenções linguísticas que já encontrarmos prontas em nós mesmos, são visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras, de tal forma que sua significação não se extrai da consciência ou da realidade, mas sim da própria circulação discursiva.

O sentido comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da Sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à consumação das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem”, situada depois dos significantes⁴⁵.

Na função interpretativa do juiz, esse saber difuso que consagra os interesses dominantes acaba sendo difundido pela via da argumentação e da persuasão.⁴⁶ Nessa linha, o juiz, ao justificar uma decisão tomada *a priori*, utiliza-se do senso comum para dar significado ou seja, para valorar o texto legal impreciso, ambíguo ou enigmático. O senso comum teórico dos juristas, ao abrigar pseudoverdades tidas por absolutas e, portanto, inquestionáveis, sufoca as possibilidades interpretativas, delimitando previamente as dissidências, apenas admitindo o debate periférico, cujas respostas não ultrapassem o teto hermenêutico decorrendo dessas distorções o surgimento do decisionismo *strictu sensu*, do instrumentalismo no processo civil e do inquisitivismo no processo penal⁴⁷

4.b – dogmática jurídica

É ainda de se indagar se para dar conta dos conflitos envolvendo direitos humanos e sociais basta à dogmática jurídica. E se ela não basta, o que fazer?

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. Ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p.51.

⁴⁶ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit. p. 57.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. pp. 85-86.

A dogmática jurídica vem a ser o estudo metódico e sistemático das normas vigentes de um dado ordenamento, organizando-as segundo princípios e tendo em vista sua interpretação e aplicação⁴⁸. Seu objeto é, pois, o Direito Positivo, sem pretensão de sobre ele fazer qualquer juízo de valor.

Partindo da afirmação de Clève Clémerson de que a dogmática jurídica é constituinte do saber jurídico instrumental e auxiliar da solução dos conflitos de interesses individuais e coletivos e que não há direito sem doutrina, sem dogmática, Lenio Streck sustenta que é razoável concluir que o discurso jurídico-dogmático instrumentalizador do Direito é importante fator impeditivo, obstaculizante, do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da realização da função social do Direito, constituindo-se numa espécie de censura significativa.⁴⁹

Por sua vez, Warat⁵⁰, desde o início de suas publicações, denunciava o fato de que as obviedades, as certezas e verdades transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas, senão no todo, pelo menos em parte, na medida em que estas se constituem em um espaço simbólico de “retaliações discursivas”, “justificações *ad hoc*” e “neossosofismizações”.

É através do discurso dogmático que a lei passa a ser vista como sendo uma lei em si, abstraída das condições que levaram a sua produção, como se a sua condição de lei fosse uma propriedade “natural”, fenômeno que Lenio Streck chama de “*fetichização do discurso*”.⁵¹

*No contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, objetivando essas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. Isto quer dizer que a luta de classes não entra nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante.*⁵²

48 BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução do Direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Letras & Letras, 1995. Pp.371

49 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. pp. 115-117.

50 WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Direito**. Rio Eldorado, 1977

51 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 94.

52 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. pp. 185-192.

A falta de familiaridade pelos magistrados com as questões filosóficas que envolvem a hermenêutica jurídica no que se refere, em especial, à jurisdição constitucional, fato que se atribui à carência do ensino jurídico universitário onde prevalece a orientação dogmática, o mundo da vida fica excluído do debate, sendo o juiz preparado para pensar abstratamente e decidir em tese. Em decorrência disso, a opção interpretativa realizada pelo Judiciário para a solução das questões macro-sociais, transindividuais e que envolvem as normas programáticas tem por fundamento o senso comum teórico dos juristas, o que torna inócuo e mesmo ineficaz o texto constitucional. Isto, como salientado, deve-se, em parte, ao distanciamento existente entre os problemas sociais e os textos jurídicos que definem e asseguram os direitos individuais e sociais fundamentais, bem como aos limites de sentido que a dogmática jurídica estabelece para o processo hermenêutico. Esse estado de coisas não tinha maiores reflexos quando a sociedade era mais homogênea e as ações, em sua grande maioria, restringiam-se a conflitos individuais. Todavia, outra passou a ser a situação a partir do Estado Social e do surgimento dos chamados direitos promocionais, o que, no Brasil, país de modernidade tardia, apenas se deu a partir da Constituição de 88.

Quase três décadas após, as mudanças ocorridas no campo hermenêutico não foram significativas, principalmente em razão da simplificação com que se trata o direito, a partir de inúmeras produções estandardizadas, e da forma fragmentada e simplista com que os conhecimentos jurídicos são transmitidos em certas universidades ou cursos. Tudo isso aliado à mitigação da produção doutrinária e ao fortalecimento da importância das decisões dos Tribunais, onde se denota a produção de ementários com pretensões de universalização.⁵³

Concomitantemente, é de se referir à sobrevivência de mitos que ocupam o imaginário dos juristas, como, por exemplo, o da busca da “verdade real” que, no entender da grande maioria dos juízes, deve continuar a ser perquirida, como se existissem essências; o da condução da prova pelo juiz, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência. A respeito, em que pese a modificação do Código de Processo Penal feita pela Lei nº 11.690/08, que alterou seu art. 212⁵⁴ para

53 OLIVEIRA, Rafael Tomaz e TRINDADE, André Karam. *Diário de Classe*. www.conjur.com.br em 4/8/2012

54 art. 212 do CPP com a redação do Lei nº 11.690/08: “*As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não*

determinar que a iniciativa de inquirir a testemunha é da parte, essa mudança legislativa que visava a introduzir o sistema acusatório na produção da prova acabou não vigorando, em razão da interpretação que passou a ser feita pelo Poder Judiciário, interessado em não perder o controle dessa importante fase processual, valendo-se, para tanto, da dogmática jurídica que, com seu discurso *prêt-à-porter*, acabou por esvaziar o conteúdo do novo texto jurídico.

4.c – hermenêutica jurídica

A questão da interpretação judicial é uma das mais complexas do mundo jurídico, sendo de se destacar na atualidade a valorização da hermenêutica no campo das ciências políticas e sociais, principalmente da hermenêutica jurídica.

Nesses tempos de protagonismo do Poder Judiciário, de excesso de judicialização e de judicialização da política, torna-se fundamental a interpretação dos textos legais, da jurisprudência e das decisões judiciais que levam ou não em conta essas fontes de direito.

Com o pós-positivismo, a partir dos textos constitucionais surgidos após a Segunda Guerra, o Direito deixou de ter natureza meramente regulatória, assumindo o papel de fazer a transformação das relações sociais. O lema dos Estados Democráticos passou a ser: *fazer democracia a partir do e pelo Direito* e, como consequência, o Judiciário foi identificado como o *locus* para o qual passaram a se dirigir os carentes, os oprimidos, os necessitados, os excluídos. Por outro lado, o juiz passou a ser encarado como grande agente de transformação social.

Essa crença invadiu o imaginário coletivo e, em decorrência disso, o juiz convenceu-se da possibilidade de fazer Justiça, de dizer o Direito de acordo com sua ideologia, suas crenças, seu sentimento. A etimologia da palavra sentença foi identificada como *sentire*, a justificar a autocracia judicial. Na mesma linha, ampliou-se no senso comum dos julgadores a assertiva de que possuem ampla liberdade para julgar, apenas devendo obedecer a sua própria consciência. Instalara-se o solipsismo.

O solipsismo é uma construção filosófica que *tem sua base no cogito ergo sum de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de*

admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."

*Kant, até chegar a seu extremo em Shopenbauer com a ideia de mundo como vontade e representação. Por essa corrente filosófica, apenas um Eu comanda o Mundo, ou seja, o mundo é comandado consciente ou inconscientemente pelo sujeito.*⁵⁵

O juiz solipsista é aquele *que não sai de si no momento de decidir. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que ele, o sujeito, imagina, quer e decide que é.*⁵⁶ Essa visão que seria aceitável sob o esquema do sujeito-objeto⁵⁷ não pode prevalecer após o giro ontológico-linguístico⁵⁸. Em assim agindo, sob o argumento de estar fazendo justiça, o juiz reforça o positivismo, cujos cânones não pactuam com o estágio da democracia que se atingiu em nosso país com o advento da Constituição de 88. A questão que se coloca à discussão é a impossibilidade de, dentro de um sistema democrático, seja a convicção do juiz o critério utilizado para resolver as indeterminações da lei e os “casos difíceis”⁵⁹.

Essa discussão não foi ainda travada em profundidade no universo jurídico. Fato é que, com a disseminação nos meios forenses, de forma acrítica e atécnica, das teorias de Dworkin e Alexy, os julgadores encontraram coragem para, explícita e reiteradamente, afastar a lei e buscar nos princípios constitucionais a solução para os chamados casos difíceis sob sua jurisdição. Como justificativa, buscavam se livrar da pecha de positivistas, afirmavam que, representando os princípios a positivação de valores, estes eram superiores às regras que cristalizavam a dominação da classe dirigente e do mercado e que podiam, livremente, ponderar os princípios e até mesmo as regras, escolhendo os que entendessem melhor para o caso concreto, de molde a concretizarem os direitos fundamentais e sociais e as garantias constitucionais, assim entendendo estarem cumprindo com os objetivos fundamentais da República no sentido de promover o bem de todos, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, com vista a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Data venia, nada mais positivista do que essas colocações. Tanto o afastamento do texto legal, como a ponderação de princípios ao

55 STRECK, Luiz Lenio. **O que é isto? Decido conforme minha consciência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56.

56 BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito.** Editora Unissinos e Renovar, 2006.

57 Sob o positivismo o Direito era fundado na relação sujeito-objeto aí entendido o sujeito como o intérprete e o objeto como a lei, sendo preocupação do interprete saber se o que o legislador quis dizer é diferente do que ele efetivamente disse.

58 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 18

59 STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 54.

sabor da própria métrica caracterizam o voluntarismo⁶⁰, próprio da filosofia da consciência ou dos interesses⁶¹, teoria dominante na Alemanha, pós II Guerra Mundial, fundada na relação sujeito-objeto na qual a racionalidade era fruto da consciência interior de cada indivíduo, mas que é inadmissível no Estado Democrático de Direito no qual os juízes estão, sim, obrigados a buscar no ordenamento jurídico a resposta adequada à Constituição.

Na contemporaneidade, ao se desvelar o mito prevalente no século XIX de que a lei tivesse o condão de tudo disciplinar, de enfeixar todas as possibilidades fáticas, restou ao Judiciário preencher suas lacunas⁶² e solucionar suas contradições ou aporias. Tem razão Capelletti ao dizer que *“o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do Direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”*”⁶³; todavia, como superar essas questões, como interpretar a lei criada em outro contexto político? Essa é a grande questão do juiz de nossos tempos.

Para tratar dessa problemática, que recentemente passou a preocupar não só os juristas mas também os cientistas políticos, precisa-se ter em conta que o Direito é um sistema fechado e que as intervenções individualistas por parte dos julgadores quebram essa unidade, enfraquecendo o sistema que garante o Estado Democrático de Direito. Daí a importância de alertá-los para o que Dworkin identifica como um dever moral, que nomeia de responsabilidade política, pelo qual estaria o juiz obrigado a descobrir o direito que as partes têm, sendo que essa busca não poderia ser empírica e deveria manter a integridade do Direito.

A teoria dworkiana é limitadora da liberdade judicial ao sustentar que, mesmo quando a lei não é suficiente, o juiz estará vinculado aos princípios jurídicos, ao passado das decisões judiciais, à estrutura sistêmica do ordenamento jurídico e à noção de que a decisão do juiz é um trabalho in-

60 STRECK, Lenio. **Eis Porque Abandonei o “Neoconstitucionalismo**. CONJUR: 13/3/2014, www.conjur.com.br.

61 Após a II Guerra Mundial, a Jurisprudência dos interesses tornou-se a teoria dominante na prática jurídica alemã. Para Philipp Heck, seu mais importante teórico, o escopo da Jurisprudência dos interesses ou da consciência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade.

62 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. P. 154, O problema da lacuna da lei surge com a positivação do Direito. Trata-se de uma construção da dogmática jurídica que tanto assegura a eventuais critérios transcendentais uma coloração, como dá força e serve de sustentáculo à argumentação do intérprete do Direito.

63 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Sergio Antônio Fabris Editor; Porto Alegre, 1999. p. 40

serido no contexto histórico das decisões, e não uma manifestação isolada de vontade ou de opinião.⁶⁴

Cabe lembrar, como reiteradamente vem repetindo Lenio Streck, que no Constitucionalismo Contemporâneo não há que se cogitar da aplicação dos princípios gerais do Direito⁶⁵ que não passam de axiomas com finalidades próprias no positivismo do século XIX. Por outro lado, também é equivocado pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores. Esse alerta é de suma importância para uma correta hermenêutica, não se podendo esquecer que nosso sistema jurídico é formado por regras (preceitos) e por princípios e que ambos são normas. A regra, ou seja, o texto legal, não pode abarcar todas as hipóteses fáticas de sua incidência, sempre sobra algo, sendo que é o princípio que traz à tona o sentido que resulta do ponto de encontro entre texto e realidade. *Se a regra não explica, esconde; o princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra, resgatando o mundo prático.*⁶⁶

Sabemos que toda lei, regularmente formalizada, traz ínsita a sua validade, somente podendo ter sua aplicabilidade negada no caso concreto em situações restritas, fora das quais ela é obrigatória.⁶⁷ Apenas é possível o seu afastamento em casos restritos, ou seja: quando ela for inconstitucional, caso em que o juiz ou deixará de aplicá-la (controle difuso de inconstitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; quando aplicar a interpretação conforme a Constituição⁶⁸; quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto⁶⁹; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto⁷⁰; quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio. Fora dessas hipóteses, o afastamento da lei viola a autonomia do Direito, sua coerência e integridade.

64 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 19 99. p. 402.

65 STRECK, Luiz Lenio. Os princípios gerais de direito foram introduzidos como um critério positivista de fechamento do sistema, visando a preservar a pureza e a integridade do mundo de regras.

66 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*p. 170.

67 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 604-605.

68 Interpretação conforme – nesse caso o texto de lei permanecerá intacto, o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição

69 Nulidade parcial sem redução de texto – permanece a literalidade do dispositivo sendo alterada apenas a sua incidência

70 Declaração de inconstitucionalidade com redução de texto – quando a exclusão de uma palavra do texto conduz a manutenção da constitucionalidade do dispositivo

Aquele juiz que, segundo sua consciência, cria a lei para solucionar o caso concreto, assim como aquele que, fora das hipóteses supra elencadas, deixa de aplicar a lei sob o fundamento de que está fazendo Justiça, assume uma postura positivista, porquanto revestida de discricionariedade.

É verdade que muito se fala em decisão justa, devendo-se, a respeito, considerar a advertência feita por Eros Grau ao afirmar que, *o juiz, como intérprete, ele está vinculado à objetividade do Direito e não a sua ou a minha Justiça*⁷¹. O sentimento de Justiça é transcendente e, como tal, individual, intrínseco, dependendo da formação e das vivências de quem avalia o fato e escolhe o que denomina de solução justa para o conflito. Em assim agindo, o juiz age solipsisticamente, volta à filosofia dos valores que caracteriza o positivismo.

Dentro desse quadro, é de se admitir que o neoconstitucionalismo deu azo ao ativismo judicial, na medida em que, ao incentivar o julgador a reduzir as desigualdades sociais, propiciando a todos a concretização das promessas constitucionais e dos ideais de vida boa, abriu caminho para que este criasse de forma individualista o Direito que entende necessário ao caso concreto⁷².

Por outra, o fenômeno da judicialização da política⁷³, assim como aquele que veio a ser denominado de politização da justiça, são campos fecundos para o ativismo judicial. A respeito, Luiz Werneck Vianna⁷⁴ assinala que os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, ampliaram a participação política dos juízes, fazendo brotar um “direito judicial”, em contraposição a um “direito legal”.

71 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 19.

72 STRECK, Luiz Lenio. **Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes**. www.conjur.com.br/26/4/2014.

73 EISENBERG, José. **Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política**. in A Democracia e os Três Poderes no Brasil, organizado por Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002, para quem a Judicialização, numa visão pragmática, diz respeito a uma transformação das normas e das formas de atuação dos membros do Poder Judiciário, com a ampliação do alcance da ação executiva e legislativa do Judiciário, em razão das demandas por resolução de conflitos sociais, enquanto que a judicização ou tribunalização da política se refere a transformações no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo com a densificação nos seus espaços de poder do império do direito e de suas normas, principalmente de natureza procedimental, como é o caso do constante uso das CPIs.

74 WERNECK, Luiz Vianna; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel PALÁCIOS; NURGOS, MARCELO B. A. **Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Basta que se acompanhem as sessões do Plenário do Supremo Tribunal Federal para constatar que há dicotomia na questão relativa ao ativismo judicial. A divisão de entendimentos faz com que a maioria, grande parte das vezes, seja obtida com a diferença de um único voto. Isso, que também ocorre nos demais Tribunais, dá ensejo a insegurança jurídica, porquanto, dependendo da composição, o resultado pode oscilar.

A respeito convém mencionar recente fala do Ministro Roberto Barroso no XXIII Congresso Brasileiro da Magistratura, em que S.Exa, um dos expoentes do neoconstitucionalismo pátrio, vê o juiz “*não como um mero aplicador do Direito ou da lei existente, mas como um coparticipante do processo de criação do Direito*”, salientando, outrossim, que ele deve estar atento em auscultar o sentimento social, mas que **não é escravo da opinião pública**.

Analisando o tema, Giselle Cittadino⁷⁵ adverte que:

... a despeito da dimensão inevitavelmente criativa da interpretação constitucional, dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, e que, por isso mesmo, não coloca em risco a lógica da separação dos Poderes, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir decisões corretas e não se envolver na tarefa de criação do direito a partir de valores preferencialmente aceitos.

A tarefa dos julgadores que, como vimos, é difícil e complexa, ficou mais difícil e mais complexa a partir da edição da Lei nº 13.655, de 25/04/18”, que promoveu alterações no Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), prevendo normas de segurança jurídica do Direito Público para determinar que o juiz considere as consequências jurídicas e práticas de sua decisão e que, em sua motivação, demonstre a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Essa determinação de natureza consequencialista, em desacordo com as políticas judiciais implantadas desde a reforma, vai trazer maior ônus para as partes, inclusive financeiros, e para os juízes, além de retardar a entrega da prestação jurisdicional, tudo o que nenhum dos atores do processo nem o Poder Judiciário querem.

Realmente, é muito difícil ser juiz na contemporaneidade. ♦

75 CITTADINO, Giselle. Op. cit. pp. 17-49